

Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten

Naar verwachting wordt begin 2015 het wetsvoorstel zorg- en affectieschade naar de Raad van State verzonden voor advies. Hiermee wordt een regeling voorgesteld voor een ruimere vergoeding van de zorgschade van letselschadeslachtoffers. Het voorstel behelst bovendien een regeling voor smartengeld voor naasten en nabestaanden. Ook beoogt het voorstel naasten en nabestaanden de mogelijkheid te bieden om zich als benadeelde partij in het strafproces voegen voor de vergoeding van affectieschade en van kosten die zij ten behoeve van het slachtoffer hebben gemaakt.

*Marnix Hebly, Ilona van der Zalm en Evelien Engelhard**

1. Inleiding

Eind mei 2014 werd ter consultatie het Wetsvoorstel zorg- en affectieschade gepubliceerd, dat als doel heeft de positie van letselschadeslachtoffers en hun naasten te versterken.¹ Langs drie 'hoofdpijnen' beoogt het wetsvoorstel dit te verwezenlijken. Ten eerste gaat het om de verruiming van de mogelijkheden om 'zorgschade' vergoed te krijgen wanneer het slachtoffer door een naaste wordt verzorgd (paragraaf 2). Ten tweede introduceert het wetsvoorstel de mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade voor nabestaanden en voor naasten van slachtoffers met ernstig letsel, doorgaans 'affectieschade' genoemd (paragraaf 3). Tot slot beoogt het voorstel om het voor naasten en nabestaanden mogelijk te maken zich met het oog op de vergoeding van deze schadeposten als benadeelde partij in het strafproces te voegen (paragraaf 4). Deze bijdrage beoogt een overzicht en een waardering te geven van de voorgestelde wijzigingen en hun verhouding tot huidig recht.

Bij de behandeling van deze problematiek is het van belang om voorop te stellen dat in het schadevergoedingsrecht een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds het direct getroffen slachtoffer, dat de verantwoordelijke partij kan aanspreken voor schadevergoeding wanneer het aansprakelijkheidsrecht daarvoor een grondslag biedt, en anderzijds de 'derden' tegenover wie weliswaar geen directe aansprakelijkheid bestaat, maar die evengoed met de indringende gevolgen van het ongeval of misdrijf te maken kunnen hebben. Deze derden zijn aangewezen op de *limitatieve* en *exclusieve* regeling van artikel 6:107, 107a en 108 BW: slechts de in de wet genoemde personen hebben recht op vergoeding van de daar genoemde schadeposten. Andere vorderingen ter zake van schade die zij lijden door de verwonding of het verlies van een naaste, bijvoorbeeld op grond van een rechtstreeks jegens hen gepleegde onrechtmatige daad, zijn uitgesloten. Het voorliggende concept-wetsvoorstel moet dan ook deels worden begrepen als een verlegging van de grenzen die dit limitatieve en exclusieve systeem nu stelt.

2. Zorgschade

2.1. Huidig stelsel: focus op uitgespaarde kosten van professionele hulp

* Mr. M.R. Hebly, mr.drs. I. van der Zalm en mr. E.S. Engelhard zijn allen werkzaam bij de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteurs danken Siewert Lindenbergh voor commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

¹ Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_zorg_en_affectieschade. Naar verwachting wordt in 2015 het wetsvoorstel ingediend.

De huidige regeling omtrent zorgschade is geschoeid op de leest van de *verplaatste schade*: een slachtoffer dat als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zorg behoeft kan hiervoor professionele hulp inschakelen, maar kan zich hierin ook laten voorzien door een naaste (mantelzorg). In dat geval worden de kosten van zorg in feite 'verplaatst' naar deze naaste, en heeft – naast het slachtoffer – ook deze naaste onder omstandigheden aanspraak op een vergoeding op grond van artikel 6:107 BW. Artikel 6:107 BW bepaalt immers dat de aansprakelijke partij ook verplicht is tot vergoeding van de kosten die een derde ten behoeve van het slachtoffer heeft gemaakt en die het slachtoffer van de aansprakelijke had kunnen vorderen als hij ze zelf zou hebben gemaakt. Onder die verplaatste schade worden ook verstaan de door bijstand van de derde uitgespaarde kosten van professionele hulp.²

Een aantal arresten is in het bijzonder bepalend geweest voor de huidige uitleg van vergoeding van zorgschade op grond van artikel 6:107 BW. In 1999 wees de Hoge Raad het *Johanna Kruidhof*-arrest, waarin het ging om een meisje dat op school ernstige brandwonden opliep en in een brandwondencentrum, ver van haar ouderlijk huis, werd opgenomen.³ Haar ouders vorderden – kort gezegd – een vergoeding voor de tijd die zij hadden besteed aan het bezoeken, verzorgen en verplegen van hun dochter. De Hoge Raad overwoog dat mocht worden geabstraheerd van een drietal omstandigheden, namelijk dat het taken betrof die niet door hulpverleners werden vervuld, dat de ouders jegens hun dochter geen aanspraak hadden op een geldelijke beloning voor hun inspanning en dat zij in staat waren de taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven. De Hoge Raad overwoog evenwel dat de vergoeding niet hoger mocht zijn dan het bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.⁴ Met betrekking tot de tijd die de ouders hadden besteed aan het bezoeken van hun dochter overwoog de Hoge Raad dat dit niet op een lijn kon worden gesteld met het verzorgen en verplegen: niet aannemelijk was dat hiertoe professionele – betaalde – hulpverleners zouden kunnen worden ingeschakeld. De aan het bezoek bestede tijd en de daartoe opgenomen vakantiedagen kwamen dan ook niet voor vergoeding in aanmerking.⁵ In het arrest *Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord* ging het om de vordering van een echtgenote die haar partner gedurende de periode van zes weken voor zijn overlijden, veroorzaakt door de asbestziekte mesotheliom, had verzorgd en bij diens sterven had begeleid: hierbij zou geen sprake zijn van een geval waarin de vereiste verzorging vanwege de aard daarvan eigenlijk niet door de partner maar door professionele doorgaans voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners diende te geschieden.⁶ Beslissend is volgens de Hoge Raad of het normaal en gebruikelijk is dat de inspanningen die zijn verricht door professionele hulpverleners worden verricht.

Het criterium 'normaal en gebruikelijk' stuit op veel kritiek in de literatuur.⁷ Toch is dit criterium door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/R*. Daar ging het om een vrouw die na een mislukte operatie huishoudelijke hulp nodig had en vergoeding vorderde van de kosten daarvan, terwijl haar partner deze taken op zich had genomen.⁸ De Hoge Raad benadrukte wederom dat vereist is dat het normaal en gebruikelijk is dat deze taken worden verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners (en dat mag worden geabstraheerd van de vraag of *daadwerkelijk* professionele huishoudelijke hulp wordt ingeschakeld).⁹ Kortom: in het huidige stelsel hebben naasten alleen aanspraak op een vergoeding voor hun inspanningen indien het normaal en

² *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1288-1289.

³ HR 23 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Losser/De Vries*).

⁴ R.o. 3.3.2.

⁵ R.o. 3.4.1.

⁶ HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, NJ 2003/504 m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord*), r.o. 3.4.

⁷ Zie onder meer R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 101 e.v.; S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009, afl. 6, p. 146-151 en Vranken in zijn annotatie onder HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9365, NJ 2009/385 (*Bakkum/Achmea*).

⁸ HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/R*).

⁹ R.o. 3.5.1.

gebruikelijk is professionele hulp in te schakelen. Is dat het geval, dan komen maximaal deze bespaarde kosten van professionele hulpverlening voor vergoeding in aanmerking.

2.2 Het voorgestelde artikel 6:96 lid 2 sub d BW

Specifiek voor zorgschade wil de Staatssecretaris de keuze van familie- en gezinsleden om zorg op zich te nemen aanmoedigen, wat aansluit bij het streven van het Kabinet om mensen zoveel mogelijk in hun eigen omgeving te ondersteunen. Het slachtoffer zou de regie moeten behouden over de wijze waarop de zorg wordt geregeld en zijn zelfredzaamheid moet worden bevorderd. In de toelichting bij het wetsvoorstel worden onder zorgkosten verstaan de 'kosten van verzorging, verpleging, begeleiding en huishoudelijke hulp'.¹⁰ Deze begrippen worden nader uitgewerkt. Zo dienen onder begeleiding te worden verstaan 'die ondersteunende taken die een essentieel onderdeel vormen om de kwaliteit van leven van de gekwetste te vergroten of te behouden, zoals begeleiding bij het bezoek aan ziekenhuizen of hulp bij het afhandelen van allerlei praktische zaken.'¹¹ Duidelijk wordt daarmee dat de insteek niet langer is om de vergoeding van zorgkosten te beperken tot gevallen waarin het normaal en gebruikelijk is om professionele hulp in te schakelen, zoals de huidige maatstaf luidt; doel is immers het slachtoffer zelf de keuze te bieden in plaats van hem in een positie te brengen waarin hij zich om financiële redenen genooddaakt ziet zich buiten zijn gezin door professionele krachten te laten verzorgen en verplegen. Daarom is in het wetsvoorstel de *redelijkheid* als maatstaf genomen, neergelegd in een aan artikel 6:96 lid 2 BW toe te voegen sub d, dat bepaalt dat zorgschade voor vergoeding in aanmerking komt indien de *wijze waarop* in de zorgbehoefte wordt voorzien redelijk is en ook de *omvang* van de daarmee gemoeide kosten redelijk zijn. Een dubbele redelijkheidstoets dus, zoals reeds in artikel 6:96 BW is neergelegd waar het gaat om kosten ter beperking van schade en de buitengerechtigde kosten.¹² Het wetsvoorstel beoogt aldus een ruimere vergoeding van zorgkosten mogelijk te maken, en dus ook wanneer deze vergoeding de kosten van professionele hulp zou overstijgen.¹³

2.3 De redelijkheid als maatstaf; concreet of (ook) abstract?

De hierboven geschetste wijziging zorgt ervoor dat inspanningen van naasten niet slechts voor vergoeding in aanmerking komen indien het normaal en gebruikelijk is om professionele hulp in te schakelen, en bovendien hebben de kosten die gemaakt zouden zijn bij het inschakelen van professionele hulp niet langer te gelden als 'bovengrens'. Hiermee wordt de deur opengezet voor de vergoeding van inkomensschade die naasten lijden doordat zij mantelzorg zijn gaan verlenen; de *redelijkheid* bepaalt de omvang van deze vergoeding in concrete gevallen.¹⁴

Wat hier onder 'redelijk' moet worden verstaan laat zich lastig op voorhand bepalen. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel dient de benadeelde de vrijheid te worden geboden om zijn leven zo in te richten als hem dat goeddunkt.¹⁵ De redelijkheid van de vergoeding hangt onder meer af van de ernst en duur van het letsel en van het antwoord op de vraag wie in de zorgbehoefte voorziet. Voor wat betreft de omvang van de vergoeding wordt het voorbeeld gegeven van twee ouders, waarvan er één minder gaat werken om een kind te verzorgen: de redelijkheid zou dan meebrengen dat mag worden verwacht dat de minstverdienende ouder de zorg op zich neemt (eigenlijk dus een soort schadebeperkingsplicht).¹⁶ Hoewel dit inderdaad redelijk klinkt, zou dit onzes inziens niet meer dan een *gezichtspunt* moeten zijn bij het redelijkheidsoordeel: wat te denken van een ouder die niet het minst verdient, maar zelf in de verpleging werkt en veel affiniteit heeft met het verlenen van zorg? Of van de ouder die weliswaar minder dan de ander verdient, maar die fysiek of emotioneel minder goed in staat

¹⁰ MvT concept-wetsvoorstel, p. 1.

¹¹ MvT concept-wetsvoorstel, p. 17.

¹² Betwijfeld wordt of een tweede vermelding van 'redelijk' hier nodig is. Vgl. S.D. Lindenberg, 'Op weg naar meer erkenning van naasten', *WPNR* (2014) 7033, p. 855 l.k.

¹³ MvT concept-wetsvoorstel, p. 1. Dit zou ook in overeenstemming zijn met het recht op *family life* (art. 8 EVRM).

¹⁴ MvT concept-wetsvoorstel, p. 17. Daarbij worden ook de door naasten opgeofferde vakantiedagen als vergoedbare inkomsten gezien.

¹⁵ MvT concept-wetsvoorstel, p. 14.

¹⁶ MvT concept-wetsvoorstel, p. 15.

is om de zorgtaken voor het kind op zich te nemen? Uiteraard dient de schadelast voor de aangesproken partij zoveel mogelijk te worden beperkt, maar in voorkomende gevallen zal het redelijk kunnen zijn om niet voor het 'goedkoopste alternatief' te kiezen maar voor het alternatief dat de zorg voor het slachtoffer en het gezinsleven zelf het meest ten goede komt.

Ook in gevallen waarin de naaste de zorg in zijn vrije tijd op zich neemt, maar waarin geen sprake is van inkomensschade, kan een vergoeding worden gevorderd. De toelichting stelt dat er dan dus een keuze zal zijn tussen een van de omstandigheden *geabstraheerde* vergoeding (met als norm de uitgespaarde kosten van professionele hulp) of een *concreet* op alle omstandigheden gebaseerde vergoeding van zorgschade. Denkbaar zou zelfs zijn dat de vergoeding deels op de ene en deels op de andere grondslag is gebaseerd.¹⁷

2.4 Onderscheid reeds gemaakte en nog te maken kosten

Nu het slachtoffer ingevolge het wetsvoorstel van de aansprakelijke partij vergoeding van zorgschade zou kunnen vorderen op grond van artikel 6:96 lid 2 sub d BW, kan een naaste, die deze kosten heeft gemaakt, dat straks ook op de voet van artikel 6:107 BW.¹⁸ Het gaat daarbij – ingevolge de tekst van artikel 6:107 BW – om door hem reeds gemaakte kosten; een vordering voor de nog te verlenen zorg heeft deze naaste niet en dat beoogt het voorstel ook niet te bieden. De gedachte hierachter is dat op het tijdstip waarop de vordering wordt ingesteld niet steeds duidelijk is of, en zo ja, voor welke periode deze derde nog voor het slachtoffer zal (kunnen) blijven zorgen; die situatie kan altijd veranderen, bijvoorbeeld wegens ouderdom, overlijden of een gewijzigde gezinssamenstelling. Het mag dan niet zo zijn dat een derde op een bepaald moment niet meer voor de benadeelde zorgt, maar wel 'profiteert' van een vergoeding ten koste van wat aan het slachtoffer zelf toekomt en het slachtoffer zelf zijn zorgkosten niet meer kan betalen: de aansprakelijke partij die de zorgschade moet 'dragen' zal dit immers maar één keer doen.

Naasten kunnen dus hun niet-toekomstige inkomensschade over de band van de 'verplaatste schade' (art. 6:107 BW) zelf vorderen van de aansprakelijke partij. Zodra het slachtoffer de hulp van een naaste inschakelt, wordt er namelijk van uitgegaan dat hij deze naaste 'als tegenprestatie' voor diens inkomensverlies moet compenseren, en maakt het slachtoffer dus kosten in de zin van het nieuw voorgestelde artikel 6:96 lid 2 sub d BW.¹⁹ Zou het slachtoffer daadwerkelijk zijn verzorgende naaste voor diens inkomensverlies compenseren, dan zou het slachtoffer deze kosten dus op de aansprakelijke partij kunnen verhalen op grond van artikel 6:96 lid 2 sub d BW. Zolang het slachtoffer dat niet doet, is deze schade dus (nog) 'verplaatst' naar de naaste, en kan deze naaste zelf deze kosten verhalen op grond van het nieuw voorgestelde artikel 6:107 lid 1 sub a BW. Het past onzes inziens goed in het systeem van de wet om deze aanspraak van naasten in de sleutel van de verplaatste schade te plaatsen. De kritiek van Verheij en Rijnhout dat dit onvoldoende helder uit de voorgestelde wettekst zou blijken respectievelijk dat hier een 'middenweg' – tussen een uitgebreider recht op vergoeding aan naasten en het idee dat het slachtoffer de regie moet houden – wordt gekozen die niet de 'schoonheidsprijs' verdient, delen wij dan ook niet.²⁰ Lezen wij het goed, dan ziet Kremer er een probleem in dat bij een ernstig gewond slachtoffer zou zijn gekozen voor een eigen schadepost ex artikel 6:96 BW van dat slachtoffer, terwijl verzorgingskosten van naasten bij minder ernstig letsel 'gewoon' onder verplaatste schade ex

¹⁷ In de toelichting bij het concept-wetsvoorstel, p. 16, wordt als voorbeeld gegeven de situatie waarin ouders in hun vrije tijd (dus zonder verlies van inkomen) een kind verzorgen en verplegen en daarnaast vakantiedagen opnemen om met het kind naar het ziekenhuis te gaan.

¹⁸ Zie ook de toelichting bij het concept-wetsvoorstel, p. 16. Via art. 6:107 BW kunnen derden 'verplaatste schade' vorderen, waarbij zorgschade dan ingevolge art. 6:96 lid 1 sub d BW voor vergoeding in aanmerking komt.

¹⁹ MvT concept-wetsvoorstel, p. 13.

²⁰ Zie A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *Verkeersrecht* 2014, afl. 6, p. 220, en R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade: twee, of zelfs drie stappen vooruit?', *NTBR* 2014, afl. 9, p. 330. Verheij wordt in zijn kritiek gesteund door het wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 3, waarin om verduidelijking wordt verzocht.

artikel 6:107 BW zouden blijven vallen.²¹ Ook deze kritiek delen wij niet: het gaat onzes inziens immers *in beide gevallen* om verplaatste schade die in feite als schade van het slachtoffer is aan te merken in de zin van artikel 6:96 lid 2 sub d BW. De redelijkheid brengt in het algemeen mee dat bij minder ernstig letsel van naasten mag worden verwacht dat zij het slachtoffer in hun vrije tijd verzorgen (een vergoeding voor uitgespaarde professionele hulp kunnen zij dan wel gewoon vorderen), terwijl het juist bij ernstiger letsel eerder redelijk kan zijn om minder te gaan werken of vakantiedagen op te nemen (waarvoor in dat geval dan ook een vergoeding bestaat).²² Maar toegegeven: het redelijkheids criterium laat onvermijdelijk ruimte voor discussie.

Vergoeding van toekomstige zorgschade (en dus ook van de toekomstige inkomensschade van de verzorgende naaste) kan, zoals gezegd, alleen door het slachtoffer zelf worden gevorderd. De vaststelling daarvan lijkt niet eenvoudig: voor de toekomst moet worden bepaald of een bepaalde naaste daadwerkelijk voor hem zal blijven zorgen en of dus de omvang van de zorgschade geheel op het inkomen van de desbetreffende naaste moet worden gebaseerd of niet. Een oplossing zou kunnen worden gevonden in het periodiek uitkeren van een vergoeding met de mogelijkheid tot wijziging (vgl. art. 6:105 lid 2 BW). Wil men toch de schade geheel afwikkelen, dan dient een (niet eenvoudige) schatting te worden gemaakt waarbij wordt gekeken wie naar verwachting voor het slachtoffer zal zorgen en wat het verwachte carrièreverloop van betrokkene is; een afweging van goede en kwade kansen.²³ Indien zo ingeschat wordt dat de naaste op een bepaald moment de vereiste zorg niet meer kan verlenen (vanwege bijvoorbeeld diens leeftijd), dan moet daarvoor een voorziening worden opgenomen, zodat het slachtoffer in de benodigde zorg voorzien blijft.²⁴

3. Affectieschade

3.1 Netelige vraagstukken

Met de term 'affectieschade' wordt bedoeld op het verdriet waarmee men wordt geconfronteerd wanneer een dierbare ernstig gewond raakt of komt te overlijden. Het gaat dus, anders dan bij de hiervoor behandelde zorgschade, om de *immateriële schade* die naasten en nabestaanden lijden vanwege hun emotionele en affectieve verbondenheid met de direct getroffene.²⁵ Op smartengeld hebben zij naar huidig recht geen aanspraak, nu de limitatieve en exclusieve regeling van artikel 6:107, 107a en 108 BW hiervoor geen grondslag biedt.²⁶

De (on)mogelijkheid van vergoeding van affectieschade is al geruime tijd voorwerp van debat: wetenschap, praktijk en politiek worstelen al jaren met de delicate vraag *of* – en zo ja: *hoe en in welke gevallen* – het verdriet en leed van nabestaanden en naasten in smartengeld zou moeten worden 'vertaald'. Vele principiële en praktische bezwaren worden hiertegen aangevoerd. Zo zou affectieschade naar haar aard moeilijk vergoedbaar zijn: 'hoe schrijnender het leed, hoe groter de weerstand tegen de vergoeding daarvan met geld', zo luidt bij de invoering van het huidige BW in 1992 het meest principiële bezwaar. Men moet inderdaad bepalen in hoeverre het aansprakelijkheidsrecht een rol toekomt bij de verwerking van hoogst persoonlijk leed: het probleem van 'het vergoeden van het onvergoedbare' zou zich bij uitstek bij de ernstige verwonding of het overlijden van een naaste laten gevoelen. Of daadwerkelijk een regeling zal worden ingevoerd, hangt uiteindelijk af van het antwoord op de vraag of men vindt dat het gewicht van deze vorm van immateriële schade voldoende is om op te wegen tegen de problemen die inherent zijn aan de vergoeding ervan, in wat voor regeling dan ook.²⁷ Voorstanders lijken zich in elk geval niet tegen de vergoeding van affectieschade te keren omdat men voor de concrete

²¹ F.Th. Kremer, 'Affectieschade en zorgschade; een (on)mogelijk duo?', *TvP* 2014, afl. 4, p. 131.

²² Vgl. MvT concept-wetsvoorstel, p. 14; al zou dit in concrete gevallen geheel andersom kunnen zijn.

²³ MvT concept-wetsvoorstel, p. 15. Vgl. art. 6:105 lid 1 BW.

²⁴ MvT concept-wetsvoorstel, p. 15.

²⁵ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 173.

²⁶ MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6), p. 1284. Tot op heden houdt de Hoge Raad aan dit uitgangspunt vast, zie HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5.

²⁷ Vgl. Lindenbergh 1998, p. 193.

vormgeving ervan lastige keuzes moet (durven) maken; het zou juist bezwaarlijk zijn als het recht naasten en nabestaanden 'in de kou laat staan' waar het hun immateriële schade betreft.²⁸ Veel waarde wordt gehecht aan de *erkenning* (het rechtens gevolg geven aan het feit dat ernstig nadeel is geleden) en *genoegdoening* (bevrediging in het geschokte rechtsgevoel doordat van de dader een opoffering wordt gevraagd) die een vergoeding voor affectieschade aan naasten kan bieden. De pleitbezorgers zien zich bovendien gesteund door empirisch onderzoek waaruit blijkt dat zowel naasten als nabestaanden in meerderheid, en onderling in vrijwel gelijke mate, daadwerkelijk behoefte hebben aan een dergelijke vergoeding.²⁹

3.2 Een onstuitbare opmars?

Het ontbreken van een recht op vergoeding van affectieschade wordt wel als een lacune gezien in het Nederlandse schadevergoedingsrecht, zowel vanuit intern als extern perspectief. Zo kan men in Nederland wel aanspraak maken op smartengeld bij een belediging of wanneer door schuld van een touroperator een vakantie wordt verpest, maar niet wanneer men door toedoen van een ander een dierbare verliest, wat vanuit een intern perspectief als onevenwichtig kan worden ervaren. Ook vanuit extern perspectief blijkt het Nederlandse schadevergoedingsrecht uitzonderlijk terughoudend: in de meeste ons omringende rechtsstelsels kent men wel een vorm van smartengeld bij overlijden en/of ernstige verwonding van een naaste.³⁰ Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt bovendien afgeleid dat een vergoeding voor affectieschade al mogelijk moet zijn in gevallen waarin de staat (mede) verantwoordelijk is voor het letsel of overlijden van een dierbare.³¹

Naasten en nabestaanden hebben regelmatig geprobeerd de rechter te verleiden om de grenzen van het wettelijk stelsel te verleggen.³² Een aantal zaken brengt hun precaire positie aan het licht. Zo trok het *Baby Joost*-arrest, waarin ouders van een zwaar gehandicapt kind zonder succes op eigen titel schadevergoeding vorderden (waaronder smartengeld) van de artsen die het kind opereerden en bij welke operatie een medische fout werd begaan, politieke aandacht en gaf het mede aanleiding tot het in 2010 verworpen Wetsvoorstel affectieschade.³³ In het niet veel later gewezen *Oogmerk*-arrest werd 100.000 gulden aan smartengeld toegekend aan de moeder van een kind dat door de vader was vermoord, omdat sprake was van een geval als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub a BW waarin de aansprakelijke het *oogmerk* had de ander immateriële schade toe te brengen (het exclusieve en limitatieve stelsel van de wet staat hier – in dit zeldzame geval – dus niet aan in de weg).³⁴ In het *Taxibus*-arrest ging het om de vordering van een moeder wier dochtertje bij een verkeersongeval kwam te overlijden, die kort na het ongeval op zeer indringende wijze met de verschrikkelijke gevolgen daarvan werd geconfronteerd. De Hoge Raad hield toen vast aan de niet-vergoedbaarheid van affectieschade:

²⁸ Vgl. S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001, afl. 2, p. 61-66; W.H. van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *NJB* 2001, afl. 28, p. 1301-1302; A.J. Verheij, 'Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade', *NJB* 2001, afl. 32, p. 1562-1569; C.C. van Dam, 'Smartengeld voor affectieschade en shockschade', in: *ANWB, Smartengeld*, 2003, p. 6-17; T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen?', *NTBR* 2003, afl. 2, p. 72-82.

²⁹ A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II, Affectieschade*, Amsterdam: WODC 2008, p. 69.

³⁰ Zie M. Bona, P. Mead & S.D. Lindenbergh, *Fatal Accidents and Secondary Victims*, St. Albans: XPL publishing 2005, p. 422 e.v. en Rijnhout 2012, p. 147 e.v.

³¹ Zie hierover bijv. C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010, afl. 11, p. 313-315 en R. Rijnhout & J. Emaus, 'Damages in Wrongful Death Cases in the Light of European Human Rights Law: Towards a Rights-Based Approach to the Law of Damages', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 10(3), p. 91-106.

³² Zie hierover S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 40-53.

³³ HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734 m.nt. A.R. Bloembergen. Zie naar aanleiding hiervan *Kamerstukken II*, 2000/01, 27400 VI, nr. 31.

³⁴ HR 21 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2775, *NJ* 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

*'Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij - zoals hier - in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen.'*³⁵

Wel overwoog de Hoge Raad dat in een dergelijk geval ruimte kan bestaan voor de vergoeding van *shockschade*: schade die bestaat uit *geestelijk letsel* als gevolg van het waarnemen van een ongeval dat een ander is overkomen (of van de gevolgen daarvan). Binnen de grenzen van relativiteit en causaliteit is het mogelijk dat een rechtstreekse, 'zelfstandige' onrechtmatige daad tegenover de 'geschokte' is gepleegd. Het gaat dan om diegene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, wat zich met name zal kunnen voordoen indien deze in een nauwe affectieve relatie tot het slachtoffer staat dat bij het ongeval is gedood of gewond. Vereist is wel dat sprake is van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, dat in rechte kan worden vastgesteld, wat in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.³⁶ Immateriële schade wegens shock komt dus onder omstandigheden wél voor vergoeding in aanmerking. De voorwaarden die hiervoor gelden blijken overigens niet onproblematisch: het criterium van de 'directe confrontatie' met de gebeurtenis of de gevolgen ervan leidt tot complexiteit en onzekerheid, het vereiste van objectiveerbaar geestelijk letsel dwingt om de nadruk op eigen geestelijk letsel te leggen en de rechter moet een onmogelijk onderscheid maken tussen enerzijds de vergoedbare immateriële schade door confrontatie en anderzijds het niet-vergoedbare verdriet om verlies.³⁷

In een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt overigens wel een vordering tot vergoeding van affectieschade ter hoogte van € 30.000 toegewezen aan elk van twee jonge kinderen wier vader werd doodgestoken; een vordering die volgens de rechtbank rechtstreeks op artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW kan worden gebaseerd, nu sprake is van aantasting in de persoon doordat het wegvallen van de vaderfiguur voor de ontwikkeling van beide kinderen nadelige gevolgen heeft.³⁸ Met deze uitspraak probeert de rechtbank mogelijk een doorbraak te forceren, maar door in strijd met de door de Hoge Raad gegeven beperkingen te oordelen ontstaat daarmee tevens het risico van rechtsonzekerheid: andere rechters kunnen zich hiertoe immers mogelijk minder geneigd voelen.

3.3 De voorgestelde regeling: vormgeving affectieschaderegeling

Met het wetsvoorstel worden bepalingen met betrekking tot de vergoeding van affectieschade toegevoegd aan de regeling voor schadevergoeding voor derden bij personenschade (artikelen 6:107 en 6:108 BW). Kort gezegd wordt daarmee aan een in beginsel vaste kring van gerechtigden – partners, ouders, kinderen en anderen die in gezinsverband met het slachtoffer samenleefden – in gevallen waarin het slachtoffer ernstig en blijvend letsel heeft of is komen te overlijden een genormeerd bedrag aan smartengeld toegekend, variërend tussen € 12.500 en € 20.000. In het navolgende zal worden belicht wie tot de gerechtigden behoren, in welke gevallen zij aanspraak kunnen maken op een vergoeding en om welke bedragen het zal gaan.

³⁵ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.

³⁶ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3.

³⁷ Zie hierover uitvoerig Lindenbergh 2008, p. 47-53, W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *Verkeersrecht* 2004, afl. 1, p. 10 en E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Shockschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 517-540. Zie voor een recent voorbeeld Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4859; een strafzaak waarin het ging om een vrouw die, nadat zij haar 11-jarige zoon had vermoord, poogde zichzelf van het leven te beroven.

³⁸ Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10164, NJF 2014/121.

3.3.1. Gerechtigden

De vraag welke naasten gerechtigd zijn tot vergoeding komt neer op een 'evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid'.³⁹ Uitgangspunt is dat de kring van gerechtigden wordt beperkt tot personen die geacht mogen worden een zeer nauwe band met het slachtoffer te hebben: bestaat hierover teveel onzekerheid, of wordt de kring 'te ruim' getrokken, dan schiet de regeling haar primaire doel – erkenning bieden voor het geleden verlies – voorbij.⁴⁰ De kring van gerechtigden wordt afgebakend door het voorgestelde artikel 6:107 lid 2 BW (bij blijvend en ernstig letsel) en artikel 6:108 lid 4 BW (bij overlijden) en bestaat in beide gevallen uit (niet van tafel en bed gescheiden) echtgenoten en geregistreerde partners, levensgezellen (die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met het slachtoffer een gemeenschappelijk huishouden voerden), ouders, kinderen, degene die duurzaam in gezinsverband de zorg voor het slachtoffer heeft of had en degene voor wie het slachtoffer duurzaam in gezinsverband de zorg heeft of had.

Een hardheidsclausule bepaalt bovendien dat een vergoeding toekomt aan hen die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot het slachtoffer staan, dat uit de eisen van *redelijkheid en billijkheid* voortvloeit dat ook zij tot de kring van gerechtigden moeten worden gerekend. Zo wordt voorkomen dat bepaalde naasten onbedoeld 'buiten de boot vallen'. Hiervoor zijn feitelijke factoren (zoals de intensiteit, de aard en de duur van de relatie) bepalend en deze moeten dus door de derde worden aangetoond.⁴¹ De tijd zal uitwijzen of dit inderdaad een uitkomst biedt voor personen die niet onder de 'formele' kring van gerechtigden vallen maar die in feite een even groot verlies lijden – zoals de boezemvriend van het slachtoffer – en die hiervoor erkenning en genoegdoening zoeken.⁴² Op de grens schuilt altijd een risico: een afwijzing van een affectieschadevordering van iemand die diep getroffen is en zich beroept op de hardheidsclausule kan natuurlijk als zeer pijnlijk worden ervaren. Bovendien zal de rechter weliswaar aan de hand van de feitelijke verhouding tussen de naaste en het slachtoffer een vordering kunnen toewijzen, maar zal bij een dergelijk oordeel ook de bewustheid van precedentwerking tot terughoudendheid (moeten) dwingen. Waar het de hardheidsclausule betreft, bestaat dus het risico van pijnlijke discussies.

Dat geldt ook voor situaties die 'spiegelbeeldig' zijn aan de toepassing van de hardheidsclausule: omgekeerd zijn immers situaties denkbaar waarin een derde weliswaar tot de vaste kring van gerechtigden behoort, maar juist op *feitelijke gronden* het bestaan van een recht op vergoeding van affectieschade naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) onaanvaardbaar moet worden geacht. Zo noemt de toelichting het voorbeeld van een echtgenoot die aanspraak maakt op vergoeding van affectieschade wegens ernstig en blijvend letsel van zijn echtgenote, terwijl deze echtgenoot al voor het ongeval samenwoonde met een ander.⁴³ Hoewel men hier kan zeggen dat een afwijzing van zijn vordering 'minder pijnlijk' zou moeten zijn (omdat het verlies dus minder groot moet worden geacht) en dat in dit geval terecht geen vergoeding van affectieschade plaatsvindt, kan artikel 6:2 lid 2 BW dus wel een voedingsbodem bieden voor de gevreesde 'onsmakelijke discussies'. Aangesproken partijen, en zeker onverzekerden of verdachten in een strafprocedure, kunnen er immers belang bij hebben om de gestelde affectieve relatie ter discussie te stellen, wat aan urgentie wint naarmate hun financiële bestaanszekerheid door de aanspraak in het gedrang komt. Wij delen dan ook niet het standpunt van de Raad voor de Rechtspraak dat in de praktijk behoefte bestaat aan een ruimere mogelijkheid om in bepaalde gevallen geen vergoeding toe te kennen en dat daarom de uitzonderingsmogelijkheden moeten worden uitgebreid: meer uitzonderingsmogelijkheden kunnen

³⁹ Aldus Verheij 2014, p. 218 e.v.

⁴⁰ MvT concept-wetsvoorstel, p. 19.

⁴¹ MvT concept-wetsvoorstel, p. 20-21.

⁴² Vgl. E. Pans, 'Een tweede leven voor het wetsvoorstel affectieschade?', *Tijdschrift voor Letselschade in de Praktijk* 2014, afl. 1, p. 18.

⁴³ MvT concept-wetsvoorstel, p. 21.

immers meer aanleiding geven tot ongewenste discussies.⁴⁴ Ook vanuit 'verzekeringsland' gaan stemmen op dat hier terughoudendheid geboden is.⁴⁵

Een afbakening met een hardheidsclausule/ontsnappingsclausule verdient de voorkeur boven het limitatieve systeem zoals we dat nu kennen en dat in sommige gevallen zichtbaar 'knelt'.⁴⁶ Dat in grensgevallen discussie mogelijk (of zelfs noodzakelijk) is, lijkt onvermijdelijk bij een systeem dat als doel heeft om zoveel mogelijk recht te doen aan de personen die een zeer nauwe affectieve band hebben of hadden met het slachtoffer; die groep laat zich immers niet exact bij voorbaat bepalen.

3.3.2. In welke gevallen?

Volgens het huidige wetsvoorstel hebben naasten, die tot de kring van gerechtigden moeten worden gerekend, recht op een vergoeding voor affectieschade wanneer het slachtoffer 'ernstig en blijvend letsel' heeft (het voorgestelde art. 6:107 lid 1 sub b BW) of wanneer het slachtoffer is komen te overlijden (het voorgestelde art. 6:108 lid 3 BW). Het criterium 'ernstig en blijvend letsel' is nieuw en behoeft uitleg en duiding. De wetgever wil hiermee tot uiting brengen dat niet iedere verwonding recht behoort te geven op vergoeding van affectieschade en dat het erom gaat dat het blijvend karakter van het letsel ervoor zorgt dat naasten gedurende lange tijd op indringende wijze met de ingrijpende gevolgen worden geconfronteerd.⁴⁷

Wanneer spreekt men van 'ernstig' letsel? In de Memorie van Toelichting wordt ter indicatie gesproken van een blijvende functionele invaliditeit van minstens 70%, hoewel dit percentage niet in alle gevallen doorslaggevend hoeft te zijn: naast de functionele invaliditeit is, aangezien het om affectieschade gaat, ook de invloed van het letsel op het leven van de naaste en de gekwetste van belang. Steeds dient te worden gedacht aan gevallen waarin het letsel niet alleen voor het slachtoffer zelf ernstige gevolgen heeft, maar ook voor de naasten vanwege de nauwe persoonlijke band die zij met het slachtoffer hebben.⁴⁸ Het noemen van een percentage van 70% ter indicatie van 'ernstig en blijvend letsel' stuit op kritiek in de literatuur: het zou ongewenste *a contrario*-redeneringen voeden ('een functioneel verlies van 65% is dus te weinig voor vergoeding van affectieschade?').⁴⁹ Wat als 'ernstig' letsel moet worden aangemerkt laat zich lastig op voorhand concretiseren en is in hoge mate afhankelijk van de waardering van alle feiten en omstandigheden.

Ook het begrip 'blijvend' geeft mogelijk aanleiding tot discussie. De wetgever suggereert dat sprake is van blijvend letsel wanneer het *vooruitzicht ontbreekt* dat de gevolgen na verloop van tijd verminderen, althans in die mate dat het letsel niet meer als ernstig valt aan te merken.⁵⁰ Die uitleg spreekt aan. Of letsel daadwerkelijk blijvend is, kan men immers vaak pas na een zeker tijdsverloop bepalen; men zal het in de schadeafwikkeling vaak met een prognose moeten doen, met name bij voeging in een strafrechtelijke procedure die doorgaans relatief kort na een incident plaatsvindt.⁵¹ In het uitzonderlijke – gunstige – geval dat, nadat al een vergoeding voor affectieschade aan naasten is uitgekeerd, het slachtoffer alsnog beter herstelt dan verwacht, zal men die vergoeding dan ook niet meer moeten kunnen aantasten (het probleem dat in voorkomende gevallen sprake kan zijn van een onvoorziene gunstige afloop nadat reeds een *lump sum* schadevergoeding is uitgekeerd, doet zich overigens evengoed voor ten aanzien van de vorderingen van slachtoffers zelf).

3.3.3. Op welk bedrag heeft men aanspraak?

⁴⁴ Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 4. Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Advies-Wetsvoorstel-zorg-en-affectieschade-verdient-verduidelijking.aspx.

⁴⁵ Kremer 2014, p. 131.

⁴⁶ Verheij 2014, p. 221.

⁴⁷ MvT concept-wetsvoorstel, p. 18.

⁴⁸ MvT concept-wetsvoorstel, p. 19.

⁴⁹ Zie Verheij 2014, p. 223, Pans 2014, p. 18 en Kremer 2014, p. 131.

⁵⁰ MvT concept-wetsvoorstel, p. 18.

⁵¹ Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 7. Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Advies-Wetsvoorstel-zorg-en-affectieschade-verdient-verduidelijking.aspx.

Met betrekking tot de vraag welk bedrag aan smartengeld passend is als vergoeding voor affectieschade, zijn verschillende 'systemen' denkbaar. Zo kan men werken met een *variabel* bedrag, waarbij de rechter rekening houdt met alle omstandigheden van het geval en dus steeds de ernst van het verlies tot uiting moet laten komen in de omvang van de vergoeding, of juist met een *vast* bedrag waarmee van concrete factoren wordt geabstraheerd. De eerste benadering zou meer recht kunnen doen aan elk individueel geval en aan de beoogde functie van erkenning voor hoogstpersoonlijk leed; de laatste benadering zou naasten en nabestaanden een langdurige en emotioneel belastende schadeafwikkeling kunnen besparen. De voorgestelde regeling werkt met een tussenvorm: *differentiatie* tussen bepaalde gevals categorieën, waarbij onderscheid wordt gemaakt naar de oorzaak (blijvend letsel of overlijden), naar de affectieve verhouding tussen naaste en slachtoffer en naar de ernst van de gebeurtenis (misdrijf of niet). Bij algemene maatregel van bestuur worden deze bedragen vastgesteld. Onderstaande tabel geeft weer aan welke bedragen daarbij wordt gedacht:

Tabel 1. Voorgestelde smartengeldbedragen voor affectieschade⁵²

	ernstig en blijvend letsel	overlijden	ernstig en blijvend letsel door een geweldsmisdrijf	overlijden door een geweldsmisdrijf
echtgenoten en geregistreerde partners	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
levensgezellen	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
minderjarige kinderen en ouders	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
pleegkinderen en ouders	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige niet- thuiswonende kinderen en ouders	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
zorg in gezinsverband	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
overige nauwe persoonlijke relaties (hardheidsclausule)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500

Hiermee is ten opzichte van het eerder gestrande Wetsvoorstel affectieschade gekozen voor meer differentiatie en bovendien voor een hogere vergoeding over de gehele linie.⁵³ Belangrijk is dat het bij de toekenning van deze bedragen vooral om de *symbolische* betekenis gaat en dat niet wordt gestreefd

⁵² MvT concept-wetsvoorstel, p. 21-22.

⁵³ MvT concept-wetsvoorstel, p. 21.

naar een 'volledige vergoeding'.⁵⁴ Waar het om genoegdoening gaat, vallen deze vaste bedragen wellicht minder goed te verdedigen: of de gerechtigde de vergoeding als een opoffering ziet, wat volgens de toelichting bijdraagt aan genoegdoening, kan bijvoorbeeld afhangen van hoe kapitaalkrchtig de betalende partij is.⁵⁵

Een aantal factoren lijkt de hoogte van de uit te keren bedragen – nader – te kunnen beïnvloeden. Via het voorgestelde artikel 6:107 lid 4 en artikel 6:108 lid 6 BW wordt de mogelijkheid gecreëerd tot het bij AMvB instellen van een maximumbedrag voor gevallen waarin meerdere personen aanspraak maken op vergoeding van smartengeld (tot het beloop waarvan hun vorderingen in evenredigheid moeten worden teruggebracht). Kennelijk laat de wetgever de mogelijkheid open dat zich in bepaalde gevallen 'te veel' vorderingsgerechtigde naasten aandienen. Dit stuit op kritiek. Zo zouden artikel 6:109 en 6:110 BW voldoende mogelijkheden bieden om maatschappelijk ongewenste gevolgen tegen te gaan⁵⁶ en wordt bovendien bepleit dat met een dergelijke uitzondering 'kinderrijke groepen' in de Nederlandse samenleving worden gediscrimineerd.⁵⁷ Het zou inderdaad afbreuk doen aan de functie van erkenning voor het geleden verlies als bij voorbaat een dergelijk plafond wordt ingesteld. De 'totale hoeveelheid verdriet' is nu eenmaal groter naarmate een slachtoffer meer nauwe affectieve relaties heeft die door de gebeurtenis worden getroffen. Het adagium *the tortfeasor takes the victim as he finds him* zal in zoverre dus ook moeten gelden voor het aantal naasten dat door de gebeurtenis wordt getroffen. Overigens bestaat vooralsnog niet het voornemen om een dergelijk plafond in te stellen.⁵⁸

Een andere factor die de omvang van het uit te keren bedrag bepaalt is de mogelijkheid tot het voeren van een eigenschuldverweer ex artikel 6:101 BW. De aangesprokene kan immers dezelfde verweren voeren als die hij tegenover het slachtoffer zelf kan (of had kunnen) voeren. Daarmee wordt, zoals Verheij stelt, miskend dat het hier eigenlijk om *symboliek* gaat in plaats van *schadevergoeding*. Verheij benadrukt daarbij dat de aansprakelijke partij daardoor al tot betaling van een lager bedrag gehouden is dan het geval zou zijn indien aansluiting zou zijn gezocht bij het huidige smartengeldniveau in Nederland.⁵⁹ Die vergelijking gaat slechts den dele op, nu het hier juist een vorderingsrecht van naasten betreft dat *afgeleid* is van de aansprakelijkheid jegens het eigenlijke slachtoffer. Vestiging van aansprakelijkheid *als zodanig* zou voldoende grond moeten zijn voor een aanspraak op het 'gehele' symbolische bedrag. Een eigenschuldcorrectie ligt weliswaar voor de hand waar het gaat om schade die eigenlijk als verplaatste schade van het slachtoffer zelf kan worden aangemerkt en tegenover wie zonder de 'verplaatsing' rechtstreeks een eigenschuldverweer had kunnen worden ingeroepen; dit is moeilijker vol te houden waar het een vorderingsrecht betreft dat ziet op de immateriële schade van naasten.

De keuze voor een symbolische vergoeding brengt mee dat dus ook geen hoger bedrag wordt uitgekeerd dan zoals van tevoren bepaald. In zekere zin worden naasten over één kam geschoren en dat komt de hanteerbaarheid van de regeling ten goede. Hartlief toont zich hierover kritisch: ouders van misbruikte kinderen zouden volgens hem straks weliswaar aanspraak kunnen maken op smartengeld, maar een 'verhoging' van slechts € 2.500 nu het om een misdrijf gaat lijkt hem 'onhoudbaar'.⁶⁰ Hij legt daarmee weliswaar zijn vinger op de zere plek van het voorgestelde systeem, maar onhoudbaar lijkt deze uitkomst allerm minst: los van de vraag of in dergelijke gevallen inderdaad steeds een recht op smartengeld bestaat – dat is immers nog maar de vraag – is dit nu juist de consequentie van de keuze van de wetgever om duidelijkheid en eenvoud te laten prevaleren boven maatwerk. Het niveau van de voorgestelde vergoedingen beoogt de ernst van het leed nu eenmaal niet concreter tot uiting te brengen dan via een symbolische variatie tussen de € 12.500 en € 20.000.

⁵⁴ In zoverre zou het woord 'tegemoetkoming' treffender zijn dan 'vergoeding'.

⁵⁵ Vgl. Verheij 2014, p. 224 en het advies van het Fonds Slachtofferhulp, p. 2. Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_zorg_en_affectieschade/reactie/51a83110-2553-491d-8161-1ba399afa097.

⁵⁶ Zie Verheij 2014, p. 225.

⁵⁷ Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 5. Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Advies-Wetsvoorstel-zorg--en-affectieschade-verdient-verduidelijking.aspx.

⁵⁸ MvT concept-wetsvoorstel, p. 22.

⁵⁹ Verheij 2014, p. 224.

⁶⁰ T. Hartlief, 'Beperkte kring van gerechtigden onder vuur', *NJB* 2014/1270.

3.4 De shockschadevordering: cumulatie of verleden tijd?

Het voorgelegde wetsvoorstel besteedt geen aandacht aan de problematiek van de shockschade (zie paragraaf 3.2). Dat is enigszins opmerkelijk, omdat in veel gevallen waarin shockschade voor vergoeding in aanmerking komt, nu óók affectieschade moet worden vergoed. De vordering ter zake van shockschade bestaat dus naast de te introduceren affectieschadevordering: het betreft immers twee *juridisch* verschillende schadeposten. Worden beide vorderingen ingesteld, dan moet de rechter nog steeds het 'onmogelijke onderscheid' maken tussen enerzijds de immateriële schade door confrontatie en anderzijds het verdriet om verlies (waarvoor dus reeds een vast bedrag is bepaald). Bestaat straks een recht op vergoeding van affectieschade, dan betekent dit wel dat dit onderscheid niet meer van doorslaggevende betekenis is voor de vraag of er überhaupt een recht op enige vergoeding is voor het leed van de naaste, zoals nu wel het geval is.⁶¹ Aan iemand die niet alleen een dierbare verliest, maar ook schade lijdt wegens shock, zal dus in totaal een hoger bedrag aan smartengeld toekomen.

Mogelijk komt een vergoeding van affectieschade al in ruime mate tegemoet aan de behoeften van iemand die 'naast affectieschade ook shockschade lijdt'; in dat geval zou de shockschadevordering aan praktische betekenis kunnen inboeten – zeker wanneer de schade wegens shock gering is qua omvang – omdat de daartoe gerechtigde voor diens verdriet reeds enige vorm van erkenning en genoegdoening heeft gekregen en ten aanzien van de (lastige) shockschadevordering mogelijk eerder eieren voor zijn geld kiest. Het juridische onderscheid tussen shock- en affectieschade hoeft immers niet aan te sluiten bij de beleving van hen die zich op het recht beroepen. Of de shockschadevordering in de toekomst daadwerkelijk minder snel zal worden ingesteld, moet blijken. Zonder nadere toelichting hieromtrent geeft de wetgever in elk geval impliciet te kennen dat in voorkomende gevallen de vorderingen ter zake van affectieschade en shockschade zich kunnen 'opstapelen'.

4. Verruiming mogelijkheid tot voegen in het strafproces

4.1 Schadeverhaal in strafrechtelijke context

Wanneer schade wordt geleden als gevolg van een misdrijf, dan bestaat voor slachtoffers de mogelijkheid om zich met hun vordering tot schadevergoeding op de verdachte te voegen in het strafproces. Hoewel deze voorziening ooit in het leven werd geroepen voor het eenvoudig kunnen toewijzen van 'luttele bedragen', is het inmiddels uitgebreid tot een aantrekkelijke verhaalsroute voor ook omvangrijke schades: zolang het strafproces door de behandeling van de vordering niet onevenredig wordt belast, en wanneer de strafrechter ter zake van de vordering een schadevergoedingsmaatregel oplegt, vindt inning door het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB) plaats. Bovendien geldt sinds 2011 de voorschotregeling, op grond waarvan de overheid het schadebedrag aan het slachtoffer uitkeert als deze het toegewezen bedrag niet (volledig) binnen acht maanden vergoed heeft gekregen.⁶² Deze voorschotregeling geldt nu uitsluitend ten aanzien van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven (en kent geen maximumbedrag), maar zal in 2016 naar alle delicten worden uitgebreid (met voor die overige gevallen wel een maximum van € 5.000).⁶³

Het wetsvoorstel bevat een uitbreiding van de beschreven voegingsmogelijkheden voor derden. Op dit moment kunnen zij zich slechts voegen met hun vordering ter zake van overlijdensschade ex artikel 6:108 BW, maar met het nieuw voorgestelde artikel 51f Sv kunnen zij zich ook voegen met hun vordering ter zake van de verplaatste schade als bedoeld in paragraaf 2, oftewel de kosten die zij in redelijkheid ten behoeve van het slachtoffer hebben gemaakt. Ook kunnen zij zich voegen met hun vordering tot vergoeding van affectieschade, zoals besproken in paragraaf 3.

⁶¹ Vgl. J. Doomen, 'Smart en geld', *Executief* 2008, p. 51.

⁶² *Stb.* 2010, 1. De voorschotregeling wordt verder uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel (*Stb.* 2011, 311) en de Beleidsbeslissing houdende een uitbreiding van de voorschotregeling (*Stcrt.* 2 december 2011, 21994).

⁶³ Zo blijkt uit het visiedocument 'Recht doen aan slachtoffers', p. 23. Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33552, 2.

4.2 Een (extra) uitdaging voor de strafrechter?

De voorgestelde regeling ter zake van zorg- en affectieschade gaat dus gepaard met een uitbreiding van de kring van voegingsgerechtigden. De strafrechter zal dus in toenemende mate de (letselschade)vorderingen van slachtoffers en naasten en nabestaanden moeten beoordelen, terwijl de vorderingen slechts ontvankelijk zijn voor zover zij geen onevenredige belasting van het strafproces opleveren. Hier kan een spanningsveld ontstaan: wanneer is er sprake van een onevenredige belasting? Waar het de vergoeding van affectieschade betreft, leidt de in het wetsvoorstel voorgestelde normering er in de meeste gevallen toe dat de vordering relatief eenvoudig kan worden toegewezen.⁶⁴ Wat betreft de zorgschade kan het, zoals gezegd, lastig zijn te bepalen wat nu precies redelijk is bij toepassing van de dubbele redelijkheidstoets uit artikel 6:96 lid 1 sub d BW, maar ook tot wanneer in de toekomst een bepaalde naaste zorg blijft verlenen (zie paragraaf 2.2-2.4). Daarnaast kan de strafrechter in zijn ontvankelijkheidsoordeel worden geconfronteerd met een naaste die zich met het oog op een vergoeding voor affectieschade beroept op de hardheidsclausule (zie paragraaf 3.3.1) en – omgekeerd – met een aansprakelijke die zich op artikel 6:2 BW beroept.⁶⁵

De strafrechter kan dus in toenemende mate geconfronteerd worden met ingewikkelde vorderingen, terwijl hij ervoor dient te waken dat de vordering geen onevenredige belasting van het strafproces oplevert. Het belang van slachtoffers, naasten en nabestaanden bij een toewijzing van hun vordering binnen het strafproces kan tegelijkertijd zeer groot zijn, omdat de voorschotregeling bij de schadevergoedingsmaatregel een volledige uitkering garandeert. Moeten zij hun schade zelf verhalen langs 'civiele route', dan moeten zij dit op eigen initiatief doen – wat mogelijk een zwaardere emotionele belasting kan betekenen – en worden zij geconfronteerd met een hoog verhaalsrisico, aangezien de rol van aansprakelijkheidsverzekeringen ten aanzien van schade veroorzaakt door strafbare feiten zeer gering is (anders dan bijvoorbeeld het geval is bij verkeersongevallen of medische fouten). De te voegen vorderingen zijn dus voor slachtoffers en hun naasten cruciaal, terwijl zij steeds het risico lopen op niet-ontvankelijkheid wegens onevenredige belasting van het strafproces.⁶⁶ Daar komt nog bij dat er met dit wetsvoorstel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de reeds gemaakte en de nog te maken zorgkosten (zie paragraaf 2.4) en dus zal ook het moment waarop de strafrechter over de betreffende vorderingen uitspraak doet (en de schadevergoedingsmaatregel oplegt) van belang zijn voor slachtoffers en naasten. Komt het op een civiele procedure aan, dan zouden zij nog met het instellen van hun vorderingen kunnen 'afwachten' tot er meer duidelijk is geworden over bijvoorbeeld de zorgbehoefte en de veranderde inkomenssituatie, maar dat zal dus alleen bij een solvante dader enig soelaas kunnen bieden. Dit in tegenstelling tot voeging in een strafrechtelijke procedure, die doorgaans relatief kort na een incident plaatsvindt. Hun vorderingen kunnen in het strafproces weliswaar 'gesplitst' worden en daarmee worden toegewezen voor zover zij zich deels duidelijk laten bepalen; de ingewikkelde 'restantvorderingen' blijven evenwel complex en aan het risico van onverhaalbaarheid onderhevig.

Wij zouden dus onze vraagtekens willen plaatsen bij de geschiktheid van de strafrechtelijke procedure voor met name de zorgschadevorderingen wegens het risico dat het strafproces onevenredig zou kunnen worden belast. Voeging in het strafproces kan in eenvoudiger gevallen een ideale uitkomst bieden voor slachtoffers en naasten; in complexer gevallen worden zij mogelijk gedwongen tot ingewikkelde verhaalsstrategieën en zien zij mogelijk een deel van hun vordering in rook opgaan omdat deze te belastend is voor behandeling binnen het strafproces. In zoverre dient men ervoor te waken,

⁶⁴ Zie S.D. Lindenbergh, 'De letselschadevordering in het strafproces. Dat moet beter kunnen', *NJB* 2014, afl. 38, p. 2701, die in bredere zin pleit voor normering van schadevergoedingen via het strafproces.

⁶⁵ Het nieuw voorgestelde art. 51f lid 2 Sv verwijst immers naar de (te verruimen) kring van gerechtigden van art. 6:108 lid 1 t/m 4 BW, waarin de hardheidsclausule is opgenomen. In het wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 11, wordt eveneens gewezen op de extra 'behandeltijd' die deze vorderingen van de strafrechter vragen.

⁶⁶ Zie S.D. Lindenbergh, 'De letselschadevordering in het strafproces. Dat moet beter kunnen', *NJB* 2014, afl. 38, p. 2698.

zoals de Raad voor de Rechtspraak terecht stelt, ten aanzien van het schadeverhaal via de strafprocedure geen onrealistische verwachtingen te wekken.⁶⁷

5. Afronding

Wij denken dat het wetsvoorstel zorg- en affectieschade, zoals dit nu ter consultatie is voorgelegd, erin zal slagen de positie van slachtoffers en naasten te verbeteren. Wij juichen dit initiatief dan ook van harte toe. Door de ruimere vergoeding voor zorgkosten worden slachtoffers beter in staat gesteld om zich in de eigen omgeving te laten verzorgen en verplegen. Waar zij nu nog in de kou staan, komt straks aan naasten en nabestaanden een vergoeding van affectieschade toe bij ernstig letsel en overlijden van een dierbare. De uitbreiding van de mogelijkheden om zorg- en affectieschade ook via het strafproces vergoed te krijgen sluit hier goed op aan.

Een aantal aspecten verdient de aandacht. Zo roepen de open normen vraagtekens op: wat is 'redelijk' als het gaat om de zorg- en inkomensschade? Wanneer spreekt men van 'ernstig en blijvend letsel' dat recht geeft op een vergoeding van affectieschade? Daarnaast biedt het wetsvoorstel ten aanzien van de affectieschadevordering mogelijkheden die wat ons betreft mogen worden uitgesloten, zoals de mogelijkheid van een eigenschuldcorrectie of de mogelijkheid een maximumbedrag in te stellen wanneer meerdere personen op een vergoeding aanspraak maken. Aandacht verdient in het bijzonder de uitwerking van de nieuwe regeling in de strafprocedure, die in toenemende mate met ingewikkelde civielrechtelijke kwesties belast zal kunnen worden.

⁶⁷ Wetgevingsadvies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 9. Zie ook het advies van het Fonds Slachtofferhulp, p. 3, waarin ook nog benadrukt wordt dat het overgrote deel van alle strafrechtwaardige delicten niet voor de strafrechter komen, laat staan dat er een schadevergoedingsmaatregel wordt opgelegd. Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Advies-Wetsvoorstel-zorg--en-affectieschade-verdient-verduidelijking.aspx.